

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 263

**Bereicherungsrechtliche
Rückabwicklung nach Belastung
des rechtsgrundlos erlangten
Gegenstandes mit einem
Kreditsicherungsrecht**

Von

Hans-Joachim Bodenbenner



Duncker & Humblot · Berlin

HANS-JOACHIM BODENBENNER

**Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nach Belastung
des rechtsgrundlos erlangten Gegenstandes
mit einem Kreditsicherungsrecht**

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 263

Bereicherungsrechtliche
Rückabwicklung nach Belastung
des rechtsgrundlos erlangten
Gegenstandes mit einem
Kreditsicherungsrecht

Von

Hans-Joachim Bodenbenner



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Bodenbenner, Hans-Joachim:

Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nach Belastung
des rechtsgrundlos erlangten Gegenstandes
mit einem Kreditsicherungsrecht /

Hans-Joachim Bodenbenner. – Berlin : Duncker und Humblot, 2002

(Schriften zum bürgerlichen Recht ; Bd. 263)

Zugl.: Münster (Westfalen), Univ., Diss., 2000

ISBN 3-428-10524-9

D 6

Alle Rechte vorbehalten

© 2002 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme und Druck:

Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0720-7387

ISBN 3-428-10524-9

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☹

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster im Wintersemester 2000/2001 als Dissertation angenommen. Tag des Rigorosums war der 20. November 2000.

Das Manuskript wurde im September 1999 abgeschlossen. In der Folgezeit veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur wurden bis März 2001 nach Möglichkeit berücksichtigt.

Meinem Doktorvater, Herrn Richter am Bundesgerichtshof Professor Dr. Wolfgang Krüger, danke ich herzlich für seinen Anstoß zu dieser Arbeit, für vielfältige Anregungen und seine freundliche Betreuung. Die Mühe des Zweitgutachtens hat dankenswerterweise Herr Professor Dr. Heinz Holzhauser auf sich genommen.

Dem Lehrkörper der Juristischen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster danke ich für die an ihr genossene Ausbildung, dem Verlag Duncker & Humblot für die Aufnahme der Arbeit in seine Schriftenreihe.

Zu außerordentlichem Dank bin ich Frau Renate Degenhardt für ihre unermüdliche Hilfe bei der Textverarbeitung verpflichtet.

Mein besonderer Dank aber gilt meiner Familie, insbesondere meinen Eltern, die mir meine wissenschaftliche Ausbildung ermöglichten und mich während der gesamten Studienzzeit und darüber hinaus nach Kräften unterstützten. Ihnen widme ich dieses Buch.

Meerbusch, im Mai 2001

Hans-Joachim Bodenbenner

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
-------------------------	----

1. Teil

Das Schicksal des Kondiktionsobjekts	22
---	----

1. Abschnitt

Der Primäranspruch aus Leistungskondiktion als Grundlage für eine Beseitigungspflicht	23
--	----

§ 1 Beschaffungselemente allgemeiner Leistungspflichten	25
---	----

§ 2 Übertragbarkeit der allgemein-schuldrechtlichen Grundsätze auf den Anspruch aus Leistungskondiktion	34
--	----

A. Abstrakte Vermögenorientierung	35
---	----

I. Karl-Heinz Gursky: Wertersatz für die Belastung	41
--	----

1. Referat der Urteilsrezension in JR 1992, 95 ff.	41
---	----

2. Kritische Würdigung	43
------------------------------	----

II. Claus-Wilhelm Canaris: Herausgabe der Folgebereicherung	45
---	----

1. Referat der Urteilsrezension in NJW 1991, 2513 ff.	45
--	----

2. Kritische Würdigung	47
------------------------------	----

III. Jürgen Kohler: Aufschiebung der Herausgabepflicht	53
--	----

1. Referat der Urteilsrezension in NJW 1991, 1999 ff.	53
--	----

2. Kritische Würdigung	55
------------------------------	----

IV. Die Ansicht des Reichsgerichts in RGZ 117, 112 ff.	58
V. Werner Flume: Grundsätzlich sofortige Enthftung des Bereicherungsgegenstandes	62
1. Referat der Urteilsrezension in Gedächtnisschrift für Knobbe-Keuck, 111 ff. (129 ff.)	62
2. Kritische Würdigung	63
B. Konkrete Gegenstandsorientierung	67
I. Dieter Reuter: Beseitigung der Belastung	71
1. Referat der Urteilsrezensionen in JZ 1991, 872 ff. und Festschrift für Gernhuber, 369 ff.	71
2. Kritische Würdigung	74
II. Die Ansicht des Obersten Gerichtshofs für die britische Besatzungszone in OGHZ 1, 72 ff.	76
C. Stellungnahme zugunsten der gegenstandsorientierten Sichtweise	78
I. Wortlaut und systematischer Zusammenhang	78
II. Veranschaulichung des Verstoßes der vermögensorientierten Sicht gegen das Prinzip des Vorrangs der Naturalerfüllung	79
III. Funktion der Leistungskondition: „spiegelsymmetrischer“ Schadensausgleich oder Rückabwicklung?	84
IV. Die Behandlung von Minderungen des empfangereigenen Vermögens	89
D. Folgerung: Die Verpflichtung aus Leistungskondition zur Herausgabe des Erlangten als allgemeine Leistungspflicht	95
I. Einwände	95
1. Wesen des Kondiktionsanspruchs	96
2. Vergleich des Primäranspruchs aus Leistungskondition mit dem Eigentumsherausgabeanspruch	96
3. Die Wirkung von § 818 Abs. 3	100
4. Geltung der allgemeinen Vorschriften gemäß § 818 Abs. 4	103

II. Positive Argumente für die Annahme einer allgemeinen Leistungspflicht aus Leistungskondiktion	105
1. Eingliederung in das sonstige Rückabwicklungsrecht	105
2. Einordnung des Rechts der Leistungskondiktion in die allgemeinschuldrechtlichen Kategorien des Leistungsstörungenrechts	109
3. Problemspezifische Argumentation: Verhältnis zwischen gegenständlicher Herausgabepflicht, Surrogat herausgabe und Wertersatz	112
§ 3 Zwischenergebnis und Vollstreckung der Beseitigungspflicht	116
§ 4 Weitere Folgerungen	118
A. Bedeutung des § 818 Abs. 3	118
I. Entlastungsfunktion	118
II. Eigenvermögensschutz	119
B. Die Unmöglichkeitshaftung gemäß den §§ 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989 als Leistungsstörungenrecht der Leistungskondiktion	121
I. Parallele zum Rücktrittsrecht	124
II. Konstruktive Unterschiede zwischen verschärfter Bereicherungshaftung und Eigentumsherausgabenspruch nach Rechtshängigkeit	126
III. Konzeption als Verwahrerhaftung	128
1. Motive der Gesetzesverfasser	129
2. Bedeutung für den Anspruch aus Leistungskondiktion	132
3. Regelungsgehalt des § 292 Abs. 1 für Leistungspflichten	133
IV. Zwischenergebnis	134

2. Abschnitt

Durchführung der Beseitigung des Sicherungsrechts	135
§ 1 Möglichkeiten zur Erfüllung der Beseitigungspflicht	135
A. Vorzeitige Darlehensrückzahlung	136

I. Voraussetzungen	136
II. Rechtsfolgen der Rückzahlung	140
B. Sicherheitenaustausch	142
I. Modalitäten	143
II. Rechtsfolgen	143
C. Zusammenfassung	144
§ 2 Einflussnahme der bereicherungsrechtlichen Privilegierung auf die Durchführung der Beseitigung	145
A. Konkretisierung der Ablösungshandlung durch § 818 Abs. 3	145
I. Sicherheitenaustausch	145
II. Darlehenstilgung	147
III. Zusammenfassung	149
B. Rechtsfolgen verzögerter Enthftung	152
I. Grundsätzlich kein Übergang auf eine Wertersatzpflicht gemäß § 818 Abs. 2 2.Fall	152
II. Erfassung der Leistungsverzögerung	154
1. Kein Verzug des Bereicherungsschuldners gemäß §§ 284 f.	154
2. Nicht zu vertretende Leistungsverzögerung	154
III. Übergang von der Pflicht zu Naturalerfüllung auf eine Wertersatzpflicht ...	155
IV. Höhe der Wertersatzpflicht gemäß § 818 Abs. 2 2.Fall (§ 286 Abs. 2 analog)	157
1. Exkurs: Rechtslage nach Verwertung des Sicherungsrechts durch den Kreditgeber	157
2. Übertragung der gewonnenen Ergebnisse auf die ausnahmsweise vor Verwertung analog § 286 Abs. 2 bestehende Wertersatzpflicht	160

V. Vergleich mit der Rechtslage in Fällen des Rückgriffs bei akzessorischen Sicherungsrechten	161
1. Zeitpunkt der Ablösungsberechtigung	162
2. Höhe und Ausgestaltung des Regressanspruchs	162
C. Verteilung der Kosten	163
I. Rückgabekosten	163
II. Enthaltungskosten	164
D. Ersatzloser Wegfall der Darlehensvaluta	166
E. Zwischenergebnis	168
§ 3 Rechtsfolgen verspäteter Enthftung bei verschärfter Bereicherungshaftung	169
A. Ausgangspunkt: Leistungsverzögerung	170
B. Allgemeine Verzugsvoraussetzungen	171
C. Modifizierte Anwendung der Rechtsfolgen des Schuldnerverzuges auf den verschärft haftenden Bereicherungsschuldner	173
I. Konkretisierung der Fragestellung	173
II. Grundlagen für eine differenzierte Anwendung der Verzugshaftung	174
1. Anzuerkennendes Regelungsziel der §§ 989, 990	175
2. Übertragung des Regelungsziels auf die verschärfte Bereicherungshaftung	175
a) Historisch-teleologische Erschließung der Bedeutung von § 292 Abs. 1 für die Verzugshaftung	176
b) Übernahme der sachlich gerechtfertigten Wertung der §§ 989, 990 Abs. 1, 2 in § 292	177
III. Zwischenergebnis	178
D. Folgerungen für die bereicherungsrechtlichen Belastungsfälle	180

2. Teil

Abschöpfung der Folgebereicherung des Sicherungsgebers 182

1. Abschnitt

In der Literatur vorgeschlagene Anspruchsgrundlagen 183

§ 1 Die Haftung des gutgläubigen und unverklagten Bereicherungsschuldners 184

§ 2 Die Haftung des verklagten oder bösgläubigen Bereicherungsschuldners 186

2. Abschnitt

Eigener Lösungsansatz 187

§ 1 Selbstständige Leistungskondiktion 188

§ 2 Selbstständige Nichtleistungskondiktion 189

§ 3 Akzessorium der Gegenstandsherausgabepflicht 190

A. Keine Nutzung im Sinne von § 100 191

B. Abschöpfung des Haftungsnutzungsvorteils im Wege einer extensiven Auslegung des § 818 Abs. 1 für die Haftung des gutgläubigen und unverklagten Bereicherungsschuldners 192

I. § 740 Abs. 1 EI als Grundlage einer umfassenden Folgebereicherungsabschöpfung 193

II. Abgrenzung zwischen bereicherungsrechtlich dem Kondizienten zugewiesenen Folgevorteilen und solchen, die dem Bereicherungsschuldner zu verbleiben haben 195

III. Einordnung des Haftungsnutzungsvorteils 198

C. Der kondiktionsrechtliche Grundsatz einer vollständigen Bereicherungsabschöpfung als Grundlage für die Zuweisung des Haftungsnutzungsvorteils zum Kondizienten auch bei verschärfter Bereicherungshaftung 199

	Inhaltsverzeichnis	13
§ 4	Beweislastverteilung	204
§ 5	Einwände des Bereicherungsschuldners	206
	A. Auf § 818 Abs. 3 gegründete Einwände	206
	I. Möglichkeit anderweitiger Besicherung des Kredits	206
	II. Unterlassen der Kreditaufnahme bei Kenntnis von der Rechtsgrundlosigkeit des Empfangs	207
	B. Mögliche Einwände des bösgläubigen oder verklagten Bereicherungsschuldners	210
 <i>3. Teil</i> 		
	Besonderheiten bei Rückabwicklung gegenseitiger Verträge	212
 1. Abschnitt 		
	Problemstellungen in den bereicherungsrechtlichen Belastungsfällen	212
 2. Abschnitt 		
	Die Zug-um-Zug-Verknüpfung gegenläufiger Bereicherungsansprüche bei Rückabwicklung unwirksamer Leistungsaustauschverhältnisse	215
§ 1	Grundlage für eine Zug-um-Zug-Abhängigkeit	215
	A. Die Zug-um-Zug-Verknüpfung nach der Saldotheorie	216
	B. Analogie zu §§ 320, 322 (348)	219
§ 2	Höhe des Leistungsverweigerungsrechts des Sachgläubigers	221

3. Abschnitt

**Auswirkungen des Leistungsverweigerungsrechts
auf die bisher gewonnenen Ergebnisse** 223

§ 1 Einflussnahme auf einen etwaigen Schuldnerverzug 223

§ 2 Einflussnahme auf die Pflicht des Sachschuldners zur Leistung eines Haftungs-
nutzungsentgelts 224

4. Teil

Zusammenfassung der Ergebnisse 227**Literaturverzeichnis** 230**Sachwortverzeichnis** 238

Abkürzungsverzeichnis

BGB-KE	Entwurf der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts (1992)
EI	Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Lesung. 1888 (1.Entwurf)
EII	Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Nach den Beschlüssen der Redaktionskommission. Zweite Lesung, 1894, 1895; sog. 2. Entwurf
Mot.	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (1888). – In römischen Ziffern Angabe des Bandes
Prot.	Protokolle der [2.] Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich (1890 – 1896) – In römischen Ziffern Angabe des Bandes
RJA	Reichsjustizamt
TE-OR	Teilentwurf zum Obligationsrecht
TE-SachR	Teilentwurf zum Sachenrecht
ZustOR	Zusammenstellung Obligationenrecht

Im übrigen wird verwiesen auf: *Kirchner*, Hildebert
Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. Aufl.
Berlin 1993

Einleitung

Die vorliegende Untersuchung beschäftigt sich mit einem Problemkreis, der seit Inkrafttreten des BGB weniger wissenschaftliche Aufmerksamkeit erfahren hat als andere bereicherungsrechtliche Thematiken: gemeint ist die Kondiktion eines vom Bereicherungsschuldner zwischenzeitlich – das heißt: zwischen Empfang und Rückgewähr an den Kondizienten – belasteten Gegenstandes.

Es verwundert, dass – obwohl das Reichsgericht schon im Jahre 1927 eine entsprechende Fallkonstellation zu entscheiden hatte¹ und der Oberste Gerichtshof für die britische Besatzungszone sich 1948 mit diesem Fragenkreis befasste² – in der juristischen Literatur eine Auseinandersetzung mit diesem sowohl praktisch relevanten als auch dogmatisch herausfordernden Thema bis vor kurzem nur vereinzelt³ stattgefunden hat.

Zu detaillierter, rechtswissenschaftlicher Diskussion auch im Schrifttum führte erst ein Urteil des Bundesgerichtshofs⁴ aus jüngerer Zeit. In dem dieser Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt hatte der Empfänger eines ihm rechtsgrundlos, aber wirksam übereigneten⁵ Grundstücks dieses zur Sicherung eines ihm gewährten Kredits mit Grundschulden belastet.

Am 4. März 1985 war zwischen dem Kläger und den Beklagten ein notarieller Kaufvertrag über ein Gaststättengrundstück geschlossen und in derselben Urkunde die Auflassung erklärt worden. Gleichzeitig hatten sich die Beklagten dem Kläger gegenüber zum Getränkebezug verpflichtet. Nachdem die Beklagten in das Grundbuch als Eigentümer eingetragen worden waren, belasteten sie das erworbene Grundstück mit zwei Grundschulden. Später widerriefen sie den Getränkebezugsvertrag nach § 1b AbzG. Entsprechend der Ansicht des Klägers qualifizierten die Vorinstanzen den Grundstückskaufvertrag als mit dem Getränkebezugsvertrag zu einer rechtlichen Einheit verbunden im Sinne von § 139⁶. Daher hielten sie auch

¹ RGZ 117, 112 = JW 1927, 1931 m. Anm. *Lemberg*.

² OGHZ 1, 72.

³ Vgl. z. B. v. *Caemmerer*, FS für Lewald, 443 ff.; *Kohler*, Rückabwicklung, § 12 B (S. 649 ff.).

⁴ BGHZ 112, 376 = NJW 1991, 917 = JZ 1991, 871 und anderswo; Urt. v. 26. Okt. 1990.

⁵ Im Folgenden wird vorausgesetzt, dass es sich bei dem bereichernden Vorgang um Fälle eines rechtsgrundlosen Rechtserwerbs handelt; das heißt: der Bereicherungsschuldner hat vom Kondizienten eine materielle Rechtsposition erlangt, ist also Eigentümer bzw. Inhaber des Kondiktionsobjekts geworden, so dass er bei Belastung desselben als Berechtigter handeln konnte.

⁶ §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

ersteren für unwirksam; dem folgte der Bundesgerichtshof⁷ und stellte zugleich klar, dass allein die Verpflichtungsgeschäfte, nicht aber auch das Veräußerungsgeschäft über das Grundstück von der Unwirksamkeit erfasst werden.⁸ Außerdem sei für die Rückabwicklung des Kaufvertrages nicht § 1d AbzG einschlägig, da sich die Unwirksamkeit aus § 139 und damit nur mittelbar aus dem für den Getränkebezugsvertrag anwendbaren § 1b AbzG ergebe.⁹ Demzufolge musste die Übertragung des Grundstückseigentums mangels Rechtsgrundes nach Bereicherungsrecht – und zwar per Leistungskondiktion – rückgängig gemacht werden.

In derartigen Fallkonstellationen stellt sich stets die Frage nach dem Schicksal des Kondiktionsobjekts, in welcher Form der Bereicherungsschuldner den erlangten Gegenstand nach der Belastung an den Kondizienten zurückzuübertragen hat – lediglich so wie er sich gegenwärtig noch im Schuldnervermögen befindet, also in belastetem Zustand oder so wie er vom Herausgabepflichtigen empfangen wurde; schuldet dieser also neben der eigentlichen Rückübertragung auch die vorherige Beseitigung der Belastung?¹⁰

Hierzu nahm der Bundesgerichtshof wie folgt Stellung: geschuldet sei nur „Herausgabe der rechtsgrundlosen Bereicherung in Natur“¹¹. Aufgrund Kondiktion

⁷ Vgl. BGHZ 112, 376 (378).

⁸ BGHZ 112, 376 (378 f.).

⁹ BGHZ 112, 376 (379).

¹⁰ Klärungsbedürftig ist die Passivlegitimation, die Frage, wer der aus Kondiktion Verpflichtete ist: der Sicherungsgeber und/oder der Sicherungsnehmer. So könnte man sich bei unbefangener Betrachtung auf den Standpunkt stellen, jener habe das Sicherungsobjekt, dieser dessen dingliche Belastung herauszugeben. Eine Verpflichtung des Sicherungsnehmers könnte sich aus § 822 ergeben; dazu ist erforderlich, dass man die Sicherheitenbestellung als eine unentgeltliche Zuwendung des Sicherungsgebers an den -nehmer anzusehen hat. In der Tat scheint es an einer Entgeltlichkeit des Sicherungsgeschäfts zu fehlen: die Gegenleistung für die Überlassung der Darlehensvaluta sind die dafür zu entrichtenden Zinsen (Soergel/Lippisch/Häuser § 608 Rn. 1); der Sicherheitenbestellung steht keine konkrete Gegenleistung des Nehmers gegenüber (daher erwägen Planck/Landois⁴ § 822 Anm. 2b und Oertmann⁵ § 822 Anm. 2b die Anwendung des § 822 in derartigen Fallgestaltungen). Allerdings, und darauf hat schon v. Caemmerer (FS für Lewald, 443 (453 ff., insbes. 456 f.) – zu § 816 Abs. 1 S. 2) hingewiesen, lassen sich Sicherungsgeschäfte wegen ihrer objektiven Neutralität in das Schema „entgeltlich“ oder „unentgeltlich“ nur schwerlich einordnen (Staudinger/Lorenz § 816 Rn. 29). Nach ganz h. und zutreffender Ansicht ist wegen des Ausnahmecharakters der Durchgriffshaftung demgegenüber auf die schutzwürdigen Interessen des Empfängers abzustellen (v. Caemmerer, a.a.O (456); BGH JZ 1954, 360), an denen es lediglich dann fehlt, wenn ein Sicherungsmittel aus reiner „Freigebigkeit“ (v. Caemmerer, a.a.O) des Gebers gewährt wird. Sonst schließt das zu berücksichtigende Sicherungsinteresse des Darlehensgebers, wie es insbes. in der Bestellabrede seinen Ausdruck gefunden hat, seine Herausgabepflicht im Wege einer Durchgriffshaftung aus (vgl. zum Ganzen auch Serick, Bd. 2 § 18 I 5 und § 23 II 3; ebenso Kohler, NJW 1991, 1999 (2000 m. Fn. 16); sowie schon RG WarnR 1933 Nr. 158). Damit lässt sich für die weiteren Ausführungen zum Bereicherungsausgleich festhalten, dass dieser gemäß § 812 Abs. 1 allein zwischen ursprünglichem Rechtsinhaber und Sicherungsgeber zu erfolgen hat, und den Sicherungsnehmer insofern keinerlei Verpflichtung trifft.

¹¹ BGHZ 112, 376 (380).

könne keine Beseitigung zwischenzeitlicher Veränderungen des Bereicherungsgegenstandes begehrt werden, sondern diese „rechtliche Verschlechterung“ müsse stattdessen durch Wertersatz gemäß § 818 Abs. 2 ausgeglichen werden. Die Höhe dieses Anspruchs sei nach dem objektiven Verkehrswert des Erlangten und dem Nominalbetrag der Belastung zu errechnen. Nach § 818 Abs. 2 soll demgemäß die Wertminderung durch die Belastung neben der Herausgabe des belasteten Kondiktionsobjekts begehrt werden können. Gegenständliche Herausgabepflicht und Wertersatz für die Belastung stehen nach Ansicht des Bundesgerichtshofs also nebeneinander: das belastete Bereicherungsobjekt ist zurückzuleisten, und für die dabei bestehenbleibende Wertminderung muss Ersatz geleistet werden.

Im Rahmen der Zurückverweisung an die Vorinstanz¹² schränkt der Bundesgerichtshof die zuvor ausgesprochene Wertersatzpflicht jedoch erheblich ein: der Entreicherungseinwand nach § 818 Abs. 3 gestatte es dem Bereicherungsschuldner u.U., sich auf die den Vermögensvorteil in Höhe der Belastung aufwiegende, dem Dritten gegenüber bestehende Darlehensverbindlichkeit zu berufen. Damit die Wertersatzpflicht nicht zu einer Schädigung des Bereicherungsschuldners führe, könne der Kondizient deren Erfüllung nur gegen Befreiung des Herausgabepflichtigen von dessen Darlehensschuld fordern. Dieser Einwand wird in der ganz überwiegenden Anzahl der praktischen Fälle einschlägig sein, die Vermögensmehrung durch die Belastung wird aufgezehrt durch die Rückerstattungspflicht nach § 607, ein positiver Saldo besteht, legt man den Gedankengang des Bundesgerichtshofs zugrunde, anscheinend beim Herausgabepflichtigen in der Regel nicht.

In den sich an das Urteil anschließenden wissenschaftlichen Stellungnahmen ist der dargestellte Lösungsweg des Bundesgerichtshofs unter Entwicklung abweichender Abwicklungsmodelle durchweg kritisch beurteilt worden. Mit unterschiedlicher Begründung hat man sich insbesondere gegen die Kompensation der nachteiligen Veränderung des Kondiktionsobjekts durch Wertersatz gewendet. Gursky meint, damit sei im Ergebnis das Gleiche erreicht wie über die zuvor vom Gericht abgelehnte Beseitigungspflicht;¹³ dies leuchtet ein, denn an wen der Herausgabepflichtige einen Betrag in Höhe seiner Darlehensschuld zu zahlen hat, an seinen Darlehensgeber (im Rahmen einer Haftungsbeseitigung) oder an den Kondizienten (als Wertersatz), scheint unerheblich, wenn jedenfalls seine zweifache Inanspruchnahme ausgeschlossen ist. Das ist aber bei direkter Tilgung der Darlehensschuld durch unmittelbare Zahlung an den Darlehensgeber sehr viel unkomplizierter gewährleistet als durch das Abwicklungsmodell des Bundesgerichtshofs, das sich deshalb in dieser Hinsicht allein mit dem Festhalten an der dogmatischen Prämisse „keine Beseitigungspflicht“ erklären lässt.¹⁴ Canaris wendet noch weiter-

¹² BGHZ 112, 376 (381, sub II 5 der Entscheidungsgründe).

¹³ Gursky, JR 1992,95 (95, II 1); gleichwohl folgt er selbst später dem als falsch erkannten Ansatz: Gursky, JR 1992,95 (96 f., II 3).

¹⁴ Vgl. auch Canaris, NJW 1991, 2513 (2514, I 2a): „wie denn überhaupt dunkel bleibt, welche wesentlichen Vorzüge die Lösung des BGH gegenüber einer Beseitigungspflicht hat“.